

VU Research Portal

De communautaire inhoud van het sociale zekerheidsrecht

Steyger, E.

published in

Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
2002

DOI (link to publisher)

[10.1007/bf03055893](https://doi.org/10.1007/bf03055893)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Steyger, E. (2002). De communautaire inhoud van het sociale zekerheidsrecht. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 2, 80-97. <https://doi.org/10.1007/bf03055893>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De communautaire inhoud van het begrip "sociale zekerheid"

E. Steyger

1. Inleiding

Al een fors aantal jaren tobt de Nederlandse overheid met de wijze waarop het ziektekostenstelsel in Nederland is geregeld. Sedert halverwege de jaren tachtig worden er met enige regelmaat plannen ontwikkeld voor een eenvoudige, beheersbaar systeem dat enerzijds door een zekere mate van marktwerking vergroting van efficiëntie oplevert, terwijl tegelijkertijd een decent minimumbeschermingsniveau voor de gehele bevolking behouden blijft. Niettemin blijft alles, soms na enige (wetgevings) stappen in de richting van zo'n stelsel, in het algemeen zoals het was. We hebben nog steeds ons gesplitste systeem van enerzijds sociale zekerheid op basis van de Ziekenfondswet en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en anderzijds particuliere verzekeringen.

Waar in de jaren tachtig het rapport Dekker nog in betrekkelijke stilte kon worden opgesteld (de oppositie was vooral politiek), stuitte het ambitieuze plan Simons begin jaren negentig daarnaast op uitdrukkelijke juridische bezwaren. Die bezwaren waren met name Europeesrechtelijk. In het advies van de Raad van State betreffende de wetsvoorstellen in het kader van het plan Simons werden in ruime mate vragen opgeworpen over de mededingingsrechtelijke zijde van de voorstellen. Protesten van verschillende auteurs betroffen onder andere de vraag of een dergelijke collectivisering van een stelsel wel in overeenstemming kon zijn met het Europese recht dat immers mede gebaseerd is op het beginsel van interstatelijke concurrentie.¹ Bij de laatste voorstellen van het kabinet² was de noodzaak van overeenstemming met het Europese recht een gegeven. Om niet voor verrassingen te staan, werd alvorens enig stuk naar de

kamer werd gestuurd, de Interdepartementale Commissie Europees recht (ICER) om advies gevraagd aangaande de plannen in embryonale vorm.³

De naïviteit die zo'n tien jaar geleden nog op dit terrein bestond is geheel verdwenen.

Dit betekent overigens niet dat het eindresultaat van de plannen, een verplichte basisverzekering voor iedereen, met een acceptatieplicht alsmede de mogelijkheid om aanvullend te verzekeren, per definitie in overeenstemming met het communautaire recht zal zijn. Dat ligt overigens niet aan het advies van de ICER. De conformiteit met het gemeenschapsrecht hangt enerzijds af van de wijze waarop de nieuwe basisverzekering zal worden ingericht en vooral gefinancierd, en anderzijds van de additionele maatregelen die tezamen met het nieuwe stelsel zullen worden ingevoerd. Op dit punt bestaan nog grote onduidelijkheden. Wat echter wel duidelijk is, is dat in het nieuwe systeem aanmerkelijk meer plaats zal zijn voor concurrentie: tussen verzekeraars maar tevens tussen aanbieders.

Het vergroten van de concurrentiemogelijkheden in de gezondheidszorg brengt het risico met zich mee dat meer

¹ Zie onder meer I.G.H. Cath, "Plan-Simons in strijd met EG-recht", *Het Financiële Dagblad*, 6 november 1991; F.M. du Pré, "Zorgen voor de zorgverzekeraars", *Sociaal Recht* 1992, p. 269-275; F.M. du Pré, "Klein Duimpje en de Nederlandse ziektekostenverzekeringen", *Sociaal Recht* 1993, p. 138-141; H.D.C. Roscam Abbing, *Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschappen*, Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht; later H.E.G.M. Hermans, *Europese Unie en gezondheidszorg*, Deventer: Kluwer 1994.

² Zie onder meer de nota "Met zorg kiezen", *Kamerstukken II* 2000/01, 27 807, nr. 2, alsmede de nota "Vraag aan bod", *Kamerstukken II* 2000/01, 27 855 nr. 1, die op 6 juli 2001 naar de Tweede Kamer is gestuurd.

³ Eindrapport van de ICER, Werkgroep zorgstelsel, 3 april 2001 (ICER 3001-3/31).

E. Steyger Mw.prof.mr., E. Steyger is advocaat te Den Haag en hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

en meer het mededingingsrecht van toepassing wordt geacht op de nieuwe basisverzekering en de additionele maatregelen. Zolang een stelsel van verzekeringen kan worden aangemerkt als sociale zekerheid is dit risico gering; echter hoe meer ruimte wordt geboden voor concurrentie, hoe groter de kans is dat een basisverzekering niet als sociale zekerheid zal worden aangemerkt. Dit heeft een aantal consequenties voor de bevoegdheid van de lidstaten om het stelsel in te richten en uit te voeren.

In dit artikel staat de vraag centraal aan welke criteria een verzekeringsstelsel moet voldoen om als "stelsel van sociale zekerheid" te worden aangemerkt en wat de consequenties zijn indien een stelsel niet voldoet aan die criteria. Daartoe wordt eerst de jurisprudentie met betrekking tot de kwalificatie van "sociale zekerheid" besproken. Vervolgens wordt het verschil besproken tussen verzekeringsstelsels die aan de kwalificatie "sociale zekerheid" voldoen en stelsels die als gewone verzekeringen moeten worden aangemerkt. Daarbij wordt met name aandacht besteed aan de beperkingen betreffende de interne markt en het mededingingsrecht. Ten slotte worden de voorliggende plannen, met inachtneming van alle bestaande onzekerheden, getoetst en bezien of deze aan te merken zijn als sociale zekerheid. Het bestaande stelsel wordt niet besproken, omdat dit reeds in voldoende mate elders is gebeurd.⁴

2. Een stelsel van sociale zekerheid in de jurisprudentie van het Hof

De jurisprudentie van het Hof van Justitie betreffende de vraag wat kan worden aangemerkt als een stelsel van sociale zekerheid speelt zich af op verschillende terreinen. Dit wordt veroorzaakt door de beperkte bevoegdheden van de Europese Gemeenschap op het terrein van sociale zekerheid. Het gelimiteerde bevoegdhedenstelsel van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG-verdrag) biedt geen bevoegdheidsgrondslag voor communautaire regelgeving op dit gebied, anders dan een coördinatieregeling in het kader van het vrij verkeer van werknemers.⁵ Dit gebrek aan communautaire regelgevende bevoegdheid betekent dat de lidstaten vrij zijn hun stelsels van sociale zekerheid in te richten.⁶ De vraag

of een stelsel een stelsel van sociale zekerheid is, is van belang voor de wijze van toepasselijkheid van het EG-verdrag. Zolang een stelsel wordt aangemerkt als een sociaalzekerheidsstelsel en de uitvoering wordt gezien als de uitvoering van een publieke taak, dan staat het de lidstaten door de niet-toepasselijkheid van de richtlijnen inzake schadeverzekering⁷ vrij om maatregelen te nemen die in het kader van gewone verzekeringen zijn uitgesloten. Daarbij moet onder meer gedacht worden aan beperkingen in de zin van het vrij verkeer van diensten, zoals de verplichting tot aansluiting.⁸ Worden binnen het kader van het sociaalzekerheidsstelsel ook nog de uitvoeringsorganen niet als ondernemingen in de zin van artikel 81, 82 en 86 EG-verdrag aangemerkt, dan betekent dit dat het stelsel Europeesrechtelijk slechts aan een aantal basisvoorwaarden moet voldoen. Die basisvoorwaarden betreffen met name het verbod op discriminatie en het verbod van belemmeringen ten opzichte van in het eigen land gevestigde verzekerden. Hier kom ik verderop nog op terug.

2.1. De toepasselijkheid van de schaderichtlijnen

Het Hof heeft zich meermalen uitgesproken over de vraag of een stelsel dat door de lidstaten (of andere appellanten) als een sociaalzekerheidsstelsel werd aangemerkt ook binnen de communautaire grenzen als zodanig moest worden gezien. Die grenzen werden niet gesteld door enige materiële regelgevende bevoegdheid van de gemeenschap, maar doordat het EG-verdrag - met zijn ruime competenties terzake van de interne markt (in dit geval het vrij verkeer van personen en diensten) en mededinging - de vraag oproept of het al dan niet volledig van toepassing is op een bepaalde door de lidstaat gereuleerde situatie. Vervolgens blijkt het Hof de vraag te moeten beantwoorden of een bepaald wettelijk stelsel in het licht van het EG-verdrag binnen of buiten de toepasselijkheid van de desbetreffende bepalingen valt. Het gevolg van deze versnipperde jurisprudentie is dat de grenzen die het Hof aangeeft niet één op één toepasbaar zijn op een in een lidstaat functionerend of in te voeren systeem. Aanwijzingen waar een stelsel aan moet voldoen zijn er wel, maar die kunnen bepaald niet als een handleiding worden gezien. Dit is zeker het geval wanneer een lidstaat in een bestaand stelsel vernieuwende aspecten aan wil brengen, zoals een zekere mate van concurrentie tussen de verschillende actoren.

⁴ O.m. S.H. Evers, I.J. van den Berghe, "Mededingingsrechtelijke ontwikkelingen in de gezondheidszorg", *TvGR* 2001, p. 368-384; J.W. van der Gronden, "Mededingingsrecht en gezondheidszorg", *Markt en Mededinging* 2001, p. 267-279.

⁵ Hierover ook E. Steyger, "Het Europese recht en nationale stelsels van sociale zekerheid, deel I", *SMA* 1993, p. 10-11.

⁶ O.m. HvJ EG, zaak 238/82, *Jur.* 1984, p. 52 (*Duphar*); HvJ EG, zaak C-70/95, *Jur.* 1999, p. I-3422 (*Sodemare*) en HvJ EG, zaak 18/95, *Jur.* 1999, p. I-345 (*Terhoeve*).

⁷ Rl. 73/239, *Pb.* 1973, L 228; Rl. 88/357, *Pb.* 1988, p. 172; Rl. 92/49, *Pb.* 1992, L 228.

⁸ HvJ EG, gev. zaken C-159/91 en C-160/91, *Jur.* 1993, p. I-637 (*Poucet en Pistre*).

Een eerste bron van jurisprudentie betreffende de grenzen waaraan een stelsel van sociale zekerheid moet voldoen is gelegen in de coördinatieverordening 1408/71.⁹

De verordening heeft tot doel het vrij verkeer van werknemers te vergemakkelijken door te voorkomen dat werknemers die zich van de ene naar de andere lidstaat verplaatsen hun rechten met betrekking tot sociale zekerheidsuitkeringen verliezen.¹⁰ De werkingssfeer van de verordeningen omvat, kort gezegd, de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot sociale zekerheid. Aanvullende stelsels die op vrijwillige basis zoals op basis van collectieve overeenkomsten zijn gebaseerd vallen er in beginsel niet onder.¹¹ Deze beperking tot wettelijke sociale zekerheid leidt ertoe dat er een verschil van mening kan ontstaan of een bepaald nationaal stelsel als zodanig moet worden aangemerkt, hetgeen tot enige jurisprudentie aanleiding heeft gegeven.¹² Uit deze jurisprudentie blijkt dat het vereiste van wettelijk in de zin van "publiekrechtelijk" door het Hof niet hard gehanteerd wordt: ook systemen die als alternatief dienen voor een wettelijk stelsel kunnen als wettelijk stelsel van sociale zekerheid worden aangemerkt.¹³

Deze jurisprudentie heeft echter het nadeel dat deze uitsluitend gelezen kan worden in het kader van Vo. 1408/71. Dit betekent dat er niet uit valt af te leiden of een stelsel dat binnen het kader van de verordening als sociaalzekerheidsstelsel is aangemerkt, dezelfde status heeft in het kader van de toepassing van andere communautaire regelingen. Onder dergelijke regelingen vallen bijvoorbeeld de richtlijnen betreffende het schadeverzekeringsbedrijf.¹⁴ Deze richtlijnen zonderen socialezekerheidssystemen van hun toepasselijkheid uit. Daarnaast bevat artikel 54 van Rl. 92/49 een regeling waaruit volgt dat de lidstaat mag eisen dat een particulier stelsel van ziektekostenverzekeringen dat als geheel of gedeeltelijk substituut dient van een door sociale zekerheid geboden dekking aan nationale eisen in het kader van het algemeen belang moet voldoen, die normaal gesproken door de richtlijnen niet zouden zijn toegestaan. Zowel de uitzondering voor socialezekerheidsstelsels als artikel 54 van Rl. 92/49 impliceren dat het van groot belang is of

een stelsel als een sociaalzekerheidsstelsel wordt aangemerkt.

Tot dusver is er in het kader van de schaderegelingen slechts in een gering aantal arresten een beroep gedaan op de uitzondering betreffende sociale zekerheid.¹⁵ De belangrijkste uitspraak is het arrest Garcia.¹⁶ Daarin nam het Hof aan dat een Franse socialezekerheidsregeling betreffende ziekte- en moederschap voor niet in de landbouw werkzame zelfstandigen, alsmede een ouderdomsverzekering voor de ambachtelijke beroepen en een ouderdomsverzekering voor de industriële en commerciële beroepen, buiten de werkingssfeer van de schaderichtlijnen viel. Het belang van het arrest is hierin gelegen dat het Hof nadrukkelijk stelt dat, wanneer een sociaalzekerheidsstelsel moet worden aangemerkt als een sociaalzekerheidsstelsel in de zin van de richtlijn, niet slechts de uitvoerende instanties van de werkingssfeer van de richtlijn worden uitgesloten maar tevens de uit dien hoofde door hen afgesloten verzekeringen evenals hun verrichtingen terzake. Daarnaast oordeelt het Hof dat de overwegingen uit de richtlijn betreffende de opheffing van monopolies slechts betrekking heeft op die monopolies waarvan de activiteiten onder de richtlijn vallen en die ondernemingen zijn in de zin van artikel 81, 82 en 86 EG-verdrag. Ten slotte, en dat is het meest significante, wijst het Hof, zij het op wat omfloerste wijze, op de aansluitplicht bij het stelsel, dat als aanwijzing voor het niet toepasselijk zijn van de schaderichtlijnen wordt aangehaald. Het Hof benadrukt ook hier dat de lidstaten de bevoegdheden met betrekking tot de inrichting van socialezekerheidsstelsels behouden.

Hoewel de toetsing van de desbetreffende stelsels in de bovengenoemde zaken nogal marginaal was, in die zin dat het Hof slechts oordeelde of uit de feiten die de verwijzende rechter aandroeg af te leiden was of het een sociaalzekerheidsstelsel betrof, betekent dit niet dat het Hof altijd de lidstaat in zijn kwalificatie volgt. In *Commissie vs België*¹⁷ volgt het Hof de Belgische regering niet in de redenering dat een wettelijke verzekering terzake van arbeidsongevallen een stelsel van wettelijk sociale zekerheid is dat buiten de werkingssfeer van Rl 92/49 (de derde schaderichtlijn)¹⁸ valt. De Belgische regering meende dat dit het geval was omdat de regeling tevens onder Vo. 1408/71 viel. Het Hof oordeelt echter dat een

⁹ Pb. 2000, C 43/5.

¹⁰ Voor een algemene beschrijving van de verordeningen, zie F. J. C. Pennings, *Grondslagen van het Europese sociale zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2000.

¹¹ Dit is slechts anders wanneer de lidstaat dit uitdrukkelijk verklaart.

¹² Onder meer HvJ EG, zaak C-340/94, *Jur.* 1997, p. I-461 (*De Jaeck*); HvJ EG, zaak C-45/90, *Jur.* 1992, p. I-3423 (*Paletta I*).

¹³ HvJ EG, gev. zaken 379, 380, 381/85 en 93/86, *Jur.* 1987, p. 955; zaak C-45/90, *Jur.* 1992, p. I-3423 (*Paletta I*).

¹⁴ Zie noot 7.

¹⁵ O.a. HvJ EG 21 september 2000, zaak C-109/99, *Jur.* 2000, n.n.g. (*Association basco-béarnaise des opticiens indépendants*). Hierin nam het Hof zonder motivering aan dat van sociale zekerheid geen sprake was, nu de verwijzende rechter daarvoor geen gegevens aandroeg.

¹⁶ HvJ EG, zaak C-238/94, *Jur.* 1994, p. I-1673 (*Garcia*).

¹⁷ HvJ EG 18 mei 2000, zaak 206/98, *Jur.* 2000, n.n.g. (*Commissie vs België*).

¹⁸ Zie noot 7.

regeling waarvan de uitvoerders voor eigen rekening en risico opereren wel degelijk onder de toepassing van de schaderichtlijnen valt. Nu de uitvoerders een economische activiteit uitoefenen die binnen de werkingssfeer van artikel 57 lid 2 en artikel 66 EG-verdrag kan worden geharmoniseerd is uitsluiting van de werkingssfeer schaderichtlijnen geen mogelijkheid. Daarmee brengt het Hof een forse beperking aan op de kwalificatie van "stelsel van sociale zekerheid" en dientengevolge op de toepasselijkheid van de uitzondering op de schaderichtlijnen.

Uit de bovenstaande jurisprudentie kunnen de volgende lijnen worden afgeleid. Het enkele feit dat een stelsel door een lidstaat als wettelijk stelsel van sociale zekerheid wordt gekwalificeerd kan mogelijk een aanwijzing zijn voor het buiten toepassing laten van de schaderichtlijnen maar meer ook niet. Tevens is de toepasselijkheid van Vo. 1408/71 niet beslissend voor de kwalificatie van het stelsel onder de schaderichtlijnen. Werken de uitvoerders echter voor eigen rekening en risico, dan moet toepasselijkheid van de schaderichtlijnen worden aangenomen. Zijn de schaderichtlijnen niet van toepassing op de uitvoerders, dan zijn zij eveneens niet van toepassing op de activiteiten van de uitvoerders. Dit betekent dat deze activiteiten (zeg maar het verzekeren) aan grotere beperkingen mogen worden gebonden dan wanneer de schaderichtlijnen wel van toepassing zijn.

Het bovenstaande betekent in elk geval dat de schaderichtlijnen van toepassing zijn op een stelsel waarvan, kort gezegd, "gewone" verzekeraars de uitvoerders zijn. Wanneer dat het geval is, valt moeilijk vol te houden dat nog sprake is van een stelsel van sociale zekerheid in enge zin. Maar de redenering laat zich niet omdraaien. Wanneer een stelsel wordt uitgevoerd door uitvoeringsorganen die niet voor eigen rekening en risico werken, valt daaruit niet af te leiden dat er wél sprake is van een sociaalzekerheidsstelsel. Dientengevolge geeft de jurisprudentie met betrekking tot Vo. 1408/71 en de schaderichtlijnen slechts weinig aanwijzingen over de vraag wanneer een stelsel als geheel betrekkelijk vrij kan blijven van invloed van het EG-recht. Dit betekent dat een andere benadering noodzakelijk is. In het onderstaande wordt de meetlat van de toepasselijkheid van het EG-verdrag en dan met name van het mededingingsrecht aangelegd.

2.2 Toepasselijkheid van het EG-mededingingsrecht

De vraag of een wettelijke stelsel van uitkeringen als een sociaalzekerheidsstelsel moet worden aangemerkt, is met name van belang voor de vraag in hoeverre de lidstaten in staat zijn het geheel aan maatregelen buiten de werking van de bepalingen van de interne markt en het

mededingingsrecht te houden. Dit is met name van belang voor maatregelen met betrekking tot de territoriale werking van het stelsel. Lidstaten zijn, niet geheel onlogisch, bang voor het weglekken van middelen naar het buitenland. In sociaalzekerheidsstelsels betreffende ziektekostenverzekeringen maakt het feit dat de uitkeringen worden gebruikt voor specifieke medische handelingen dit territorialiteitsverlangen nog significanter. Het is immers noodzakelijk om het stelsel van uitkeringen gepaard te laten gaan met de noodzakelijke medische voorzieningen. Aangezien medische voorzieningen duur zijn is een zekere mate van planning nodig om een goede spreiding van voorzieningen te verkrijgen. En dan is het zaak om de uitkeringen weer ter bestemder plekke te laten komen zodat de financiering van het stelsel ook werkt. In zo'n situatie is weglekken van middelen een nog groter gevaar dan bij andere sociaalzekerheidsstelsels.

Dit op zichzelf legitieme verlangen van lidstaten spoort op het nationale niveau overigens heel goed met een tegelijkertijd bestaand verlangen meer concurrentie binnen de stelsels te brengen. Een zekere mate van concurrentie zou efficiëntie van verzekeraars (ziekenfondsen) en aanbieders van gezondheidsdiensten bewerkstelligen. Verzekerden zouden een rol spelen door het kiezen (of veranderen) van verzekeraar.

Op dat punt begint het Europese recht echter een spaak in het wiel te steken. Concurrentie binnen een sociaalzekerheidsstelsel valt op nationaal niveau nog te regelen. De wetgever kan de toepasselijkheid van de nationale mededingingswet uitsluiten als hij dat wil. Dit is echter niet mogelijk wanneer het gaat om het Europese recht, omdat het daar supranationaal recht betreft met voorrang op het nationale recht. Dit heeft tot gevolg dat het feit dat de lidstaat de bevoegdheid heeft om zijn eigen sociaalzekerheidsstelsels in te richten, niet betekent dat de lidstaat vrij is om in de uitvoering van die stelsels ongelimiteerd concurrentie tussen uitvoerders in te voeren.¹⁹ Niet de lidstaat bepaalt wat de grenzen van de vrijheid tot regulering zijn, maar de Europese Gemeenschap.

Die grenzen zijn tot dusver te vinden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Deze jurisprudentie heeft betrekking op de toepassing van verschillende, van het verschijnsel sociale zekerheid losstaande bepalingen van het EG-verdrag. Deze betreffen met name het vrij verkeer van diensten en de artikelen 81 en 82 EG-verdrag (het kartelverbod en misbruik van machtspositie).

Het overgrote deel van de uitspraken betreffende de inkadering van de stelsels ten opzichte van het

¹⁹ Op dit punt is het SER-advies *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*, p. 120-121, heel slordig, waar het slechts constateert dat het "de lidstaten vrijstaat naar eigen inzicht vorm te geven aan het sociale stelsel".

mededingingsrecht en de bepalingen betreffende de interne markt heeft in eerste instantie betrekking op de vraag of een uitvoeringsorgaan een onderneming is. In verband met de ruimte zal ik deze jurisprudentie niet uitgebreid bespreken; dit is elders al voldoende gebeurd.²⁰

Een van de eerste arresten inzake uitvoeringsorganen in relatie tot de vier vrijheden en het mededingingsrecht was het arrest Poucet en Pistre.²¹ In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie, kort gezegd, dat een entiteit die een sociaalzekerheidsstelsel uitvoert geen onderneming is indien aan twee voorwaarden is voldaan. De eerste voorwaarde is gelegen in het stelsel zelf. Een stelsel kwalificeert als sociaalzekerheidsstelsel wanneer het een wettelijke inkadering heeft waarin het beginsel van solidariteit zowel in de bijdragen tot uitdrukking komt als in de prestaties. In dat verband is met name de herverdeling van inkomens ten behoeve van de noodzakelijke sociale dekking belangrijk. Een tweede voorwaarde is dat de entiteiten die zelf onder strakke leiding staan van de staat weinig tot geen beleidsvrijheid hebben en geen winstoogmerk hebben.

Het stelsel als beschreven in Poucet en Pistre is een schoolvoorbeeld van een klassiek door de overheid gedomineerd sociaalzekerheidsstelsel, ook al wordt het uitgevoerd door privaatrechtelijke entiteiten. Het algemeen belang dat aan een dergelijk stelsel ten grondslag ligt staat de overheid toe belemmeringen ten aanzien van de bepalingen met betrekking tot de interne markt op te leggen. Wel dienen de overheid en ook de uitvoerders van het stelsel zich te houden aan het verbod van discriminatie naar nationaliteit. Daarnaast zijn de mededingingsbepalingen van het EG-verdrag niet van toepassing, aangezien de uitvoerders geen ondernemingen zijn. Op de consequenties daarvan kom ik hieronder terug.

De grootste reeks zaken heeft betrekking op pensioenfondsen. Pensioenfondsen voeren een stelsel van sociale zekerheid uit, maar verrichten wel degelijk "economische activiteiten" waardoor zij als onderneming moeten worden aangemerkt. Deze economische activiteiten bestaan onder meer uit het beleggen van de geïnde premies. In verschillende zaken nam het Hof aan dat pensioenfondsen wel uitvoerders zijn van een sociaalzekerheidsstelsel, maar ze moeten worden aangemerkt als een onderneming met een taak van algemeen belang in de zin van

artikel 86 EG-verdrag.²² In een aantal van deze gevallen ging het om een betrekkelijk traditioneel stelsel van sociale zekerheid. Deze vinden hun grondslag in een collectief contract en zijn later algemeen verbindend verklaard op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds.²³ In deze zaken spreekt het Hof uit dat collectieve contracten niet onderworpen zijn aan de werking van artikel 81 EG-verdrag. In een later arrest neemt het Hof echter aan dat ook een overeenkomst tussen ondernemingen (artsen) inhoudende een pensioenregeling, die eveneens algemeen verbindend was verklaard en waarop artikel 81 EG-verdrag wel degelijk van toepassing is, eveneens is toegestaan en ertoe leidt dat de uitvoerder van de regeling als onderneming in de zin van artikel 86 lid 2 EG-verdrag moet worden aangemerkt.²⁴ Het Hof oordeelt dat het feit dat de pensioenregeling concurrentiebeperkend werkt op zich geen reden is om strijd aan te nemen met artikel 81 EG-verdrag. In rechtsoverweging 98 van het Pavlov-arrest overweegt het Hof: "Ten aanzien van het verzoek van een representatieve organisatie van beoefenaren van een vrij beroep aan de overheid om de deelneming in de door haar gecreëerde beroepspensioenregeling verplicht te stellen, zij erop gewezen dat het is gedaan in het kader van een regeling die overeenkomt met het in verscheidene lidstaten bestaand stelsel voor de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied. Een dergelijk stelsel beoogt de opbouw van aanvullende pensioenen van de tweede pijler te bevorderen en bevat een aantal waarborgen waarvan de minister de inachtneming moet verzekeren, zodat het verzoek van de beoefenaren van een vrij beroep geen schending van artikel 85 lid 1 van het Verdrag kan opleveren." Ook hier blijkt weer dat, op het moment dat het magische woord "sociale zekerheid" van toepassing is, de beperkingen van de interne markt en het mededingingsrecht een stuk minder knellend zijn te noemen.

De interessante vraag zou natuurlijk zijn of de pensioenverzekeringssystemen als sociaalzekerheidsstelsel zouden kwalificeren voor de toepassing van de schaderichtlijnen. Zouden pensioenfondsen die als onderneming aangemerkt worden gezien worden als entiteiten die voor eigen rekening en risico werken. Mijns inziens wel. Deze vraag kwam echter niet aan de orde, omdat pensioenverzekeringen niet onder de schaderichtlijnen

²⁰ Zie o.m. E. Steyger, "National Traditions in European Community Law", Aldershot: Dartmouth "Ashgate" 1997, p. 160-171; E.M.H. Loozen, "CAO's, bedrijfspensioenfondsen en het EEG-mededingingsrecht", *NTER* 1999/11, p. 274-285, alsmede Pavlov en Van der Woude: "Meer dan een Pavlov reactie", *NTER* 2000, p. 301-307; en meer in het algemeen M.B. Nijhof, "De overheid als onderneming", *NTB* 2000, p. 60-68.

²¹ HvJ EG gev. zaken C-159 en C-160/91, *Jur.* 1993, p. I-637 (*Poucet en Pistre*); recentelijk bevestigd in HvJ EG 22 januari 2002, zaak C-218/00, *Jur.* 2002, n.n.g. (*INAIL*).

²² HvJ EG 21 september 1999, gev. zaken C-115/97 tot C-117/97, *Jur.* 1999, n.n.g. (*Brentjens*); HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, n.n.g. (*Drijvende Bokken*); HvJ EG, zaak C-67/96, *Jur.* 1999, n.n.g. (*Albany*).

²³ Wet van 17 maart 1949, *Stb.* J 121, recentelijk vervangen door de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, 21 december 2000, *Stb.* 628.

²⁴ HvJ EG 12 september 2000, gev. zaken C-180 t/m C-184/98, *Jur.* 2000, n.n.g. (*Pavlov*).

vallen. Deze zonderen immers levensverzekeringen van hun werkingssfeer uit. Pensioenverzekeringen zijn vergelijkbaar met levensverzekeringen.

Bovenstaande jurisprudentie betekent overigens niet dat alle uitvoeringsorganen van stelsels die in de lidstaten als sociale zekerheid worden aangemerkt, de status van "gewone" onderneming kunnen ontlopen. In *FFSA vs Ministère de l'agriculture et de la pêche*²⁵ ging het eveneens om een ouderdomsverzekering maar in dit geval om een facultatief stelsel aanvullend op het basisstelsel. Naar de mening van het Hof concurreerde de desbetreffende uitvoerder met gewone verzekeringsmaatschappijen. Daarnaast meende het Hof dat het solidariteitsbeginsel niet op voldoende wijze in het stelsel tot uitdrukking kwam. Het feit dat het facultatieve stelsel bij wet was ingevoerd en het uitvoeringsorgaan zonder winstoogmerk werkte was niet voldoende om de uitvoerder de status als onderneming te besparen.

2.3 Tussenconclusie ten aanzien van een stelsel van sociale zekerheid

Bovenstaande jurisprudentie geeft niet bepaald een handleiding waarmee al toetsend kan worden geconstateerd dat een bepaald systeem wel of niet als stelsel van sociale zekerheid in de zin van toepasselijkheid van het EG-verdrag is aan te merken. Wel zijn er twee hoofdlijnen te ontwaren die ieder voor zich niet beslissend zijn, maar die beide elementen bevatten die van belang zijn voor de conclusie of er wel of geen sprake is van sociale zekerheid.

Deze hoofdlijnen betreffen enerzijds de status van de uitvoeringsorganen en anderzijds de mate van wettelijke inkadering, alsmede de mate van solidariteit van de verzekerden die in het stelsel zit ingebouwd. De hoofdlijnen zijn echter niet geheel gescheiden maar, zoals hierna zal blijken, werken op elkaar in.

Met betrekking tot de status van de uitvoeringsorganen geldt het volgende. Hoe meer uitvoeringsorganen in concurrentie werken, hoe meer precair de status van het stelsel als geheel wordt. De wijze van inkleden van het uitvoeringsorgaan door de overheid als zodanig heeft daarbij een relatief geringe betekenis. Ook al schrijft de overheid een structuur voor zonder enige beleidsvrijheid en zonder winstoogmerk, dan betekent dit niet dat er niet van een onderneming sprake zou kunnen zijn. Immers volgens vaste jurisprudentie kan elke entiteit die een economische activiteit uitoefent aangemerkt worden als onderneming.²⁶ Dat hangt van de overige elementen van

het stelsel af. Omgekeerd ligt het moeilijker, omdat een stelsel dat uitgevoerd wordt door ondernemingen in elk geval voor de toepasselijkheid van de schaderichtlijn geen stelsel van sociale zekerheid kan zijn.²⁷

Het Hof hanteert voor de status van de uitvoeringsorganen een glijdende schaal. Wanneer tussen de uitvoeringsorganen geconcentreerd wordt, dan worden de uitvoeringsorganen aangemerkt als ondernemingen en daarmee wordt de status van het stelsel als stelsel van sociale zekerheid twijfelachtig. De vorm waarin ze door de lidstaat gegoten zijn doet er dan niet meer toe. Het wordt dan afhankelijk van de andere elementen zoals de wettelijke inkadering en de mate van solidariteit of er sprake is van een sociaalzekerheidsstelsel. Wanneer de wettelijke inkadering en mate van solidariteit ertoe leiden dat een stelsel wordt aangemerkt als een sociaalzekerheidsstelsel, dan zijn de uitvoeringsorganen - afhankelijk van hun activiteiten - aan te merken als ofwel onderneming in de zin van artikel 86 EG-verdrag ofwel in het geheel niet als onderneming. Dit laatste is slechts het geval indien de uitvoeringsorganen geen beleidsvrijheid en winstoogmerk hebben.

Deze glijdende schaal leidt tot de volgende criteria. Op basis van de jurisprudentie betreffende de schaderichtlijnen is een verzekeringsstelsel dat wordt uitgevoerd door ondernemingen die voor eigen rekening en risico werken, zeg gewone verzekeringsmaatschappijen, niet aan te merken als een sociaalzekerheidsstelsel. Aangezien de schaderichtlijnen een uitwerking zijn van artikel 49 EG-verdrag, betekent dit dat de bepalingen betreffende de interne markt in volle omvang van toepassing zijn. Wanneer het gaat om echte ondernemingen is uiteraard het mededingingsrecht onverkort van toepassing.

Wanneer de kwalificatie "sociale zekerheid" een stelsel betreft dat wordt uitgevoerd door entiteiten die geen winstoogmerk hebben en waarvan de winst die gemaakt wordt noodzakelijk is ter financiering van de opgedragen taak, dan kunnen deze uitvoerders ofwel worden aangemerkt als ondernemingen met een publieke taak ofwel als uitvoerder-niet-onderneming en kan een stelsel worden aangemerkt als een sociaalzekerheidsstelsel. Of dit het geval is hangt af van de andere, reeds kort aangestipte, karakteristieken van het stelsel. Deze karakteristieken betreffen om te beginnen de in het *Poucet en Pistre*-arrest neergelegde criteria. Er moet een sociaal doel zijn, het moet gaan om een wettelijk ingekaderd stelsel en er moet een element van solidariteit tussen de participanten aanwezig zijn waardoor een herverdeling van inkomens plaatsvindt in verband met de noodzakelijke dekking

²⁵ HvJ EG, zaak C-244/94, Jur. 1995, p. I-4013 (*FFSA vs Ministère de l'agriculture et de la pêche*).

²⁶ HvJ EG, zaak C-41/90, Jur. 1991, p. I-1979 (*Höfner*).

²⁷ Hetgeen betekent dat artikel 54 van Rl. 92/49 wel degelijk van toepassing is op de WTZ, hoewel door de commissie wel is gesuggereerd dat de WTZ eigenlijk zelf sociale zekerheid is.

van sociale risico's. Dit solidariteitselement werkt het Hof verder uit in het arrest Garcia,²⁸ waar zoals hierboven al bleek, het een aansluitplicht als constitutief sociaalzekerheidselement introduceert, hoewel niet zeker is wat het Hof in dit verband kip en ei acht. Is de aansluitplicht nodig om tot de kwalificatie sociale zekerheid te komen of noodzaakt de solidariteitseis tot aansluitplicht? Opmerkelijk is dat het Hof het element expliciet noemt. Van deze elementen is overigens nog niet bekend hoever zij gaan. Moet de inkomenshervreiding absoluut zijn in die zin dat er geen plaats is voor een nominale premie of kan een gedeeltelijk nominale premie nog acceptabel zijn?²⁹

Daarnaast kan uit het FFSA vs Ministère de l'agriculture et de la pêche arrest,³⁰ dat eveneens de status van de uitvoeringsorganen betrof, mogelijk nog een element gedistilleerd worden. In dit Franse stelsel waarin op zichzelf alle bovengenoemde elementen uit Poucet en Pistre in zekere mate aanwezig waren, nam het Hof toch niet aan dat er sprake was van een sociaalzekerheidsstelsel. Dit kwam omdat het stelsel gebaseerd was op het kapitalisatiebeginsel en omdat het een facultatief stelsel betrof. Naar de mening van het Hof hadden de solidariteitsaspecten *een te beperkte strekking als uitvloeisel van het facultatieve karakter*.

En daarmee is de cirkel rond. Een sociaalzekerheidsstelsel wordt Europeesrechtelijk uitsluitend als zodanig gekwalificeerd wanneer de Staat het van zodanig publiek belang acht dat het verplicht wordt gesteld voor iedereen die in een bepaalde categorie valt. Als dit niet het geval is wordt niet voldaan aan het solidariteitselement. Een stelsel kan wel als sociaalzekerheidsstelsel worden aangemerkt wanneer het stelsel naast een gewone schadeverzekeringmarkt bestaat, zolang de verzekerden zelf maar geen keus geboden wordt tussen het particuliere systeem en het sociaalzekerheidsstelsel. Het karakter van sociale zekerheid gaat echter onmiddellijk verloren zodra de individuele verzekerde deze keus wel geboden wordt. Opnieuw is de aanwezigheid van een voldoende geacht publiek belang, in casu solidariteit, cruciaal voor het beperken van de bepalingen betreffende de interne markt en mededinging.³¹ Ten slotte is voor de ziektekostenverzekeringen artikel 54 van

de derde schadeverzekeringsrichtlijn nog van belang. Dit artikel biedt de lidstaten de mogelijkheid om een wettelijk stelsel van sociale zekerheid geheel of gedeeltelijk te vervangen door een privaatrechtelijk verzekeringssysteem. In dat geval kunnen de lidstaten ter bescherming van het algemeen belang dat deze regeling dient eisen dat de verzekeringsovereenkomst voldoet aan bijzondere wettelijke bepalingen. Deze wettelijke bepalingen voorzien in een aantal afwijkingen van de schaderichtlijnen. Artikel 54 is destijds in de richtlijn opgenomen op aandrang van Nederland, Duitsland en Ierland. Voor Nederland was dit een mogelijkheid om de WTZ-constructie te handhaven, die ter vervanging van de vrijwillige ziekenfondsverzekering en de bejaardenziekenfondsverzekering was ingevoerd. De Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen (WTZ) voorzorg in een standaardpakketpolis met acceptatieplicht.

Tot hoever de reikwijdte van artikel 54 strekt is onduidelijk. Er is op dit punt geen jurisprudentie. Dit maakt dat het antwoord op de vraag of elke vorm van vervanging van sociale zekerheid aan te merken is als een artikel 54-regeling niet te geven is. Het is mogelijk dat de regeling zelf ook nog enige gelijkenis moet vertonen met een stelsel van sociale zekerheid. Het woord vervanging in de tekst en in de considerans duidt er in elk geval op dat er een sociaalzekerheidsstelsel is, waarnaast de vervangingsregeling bestaat. Eventueel zou men kunnen denken aan een sociaalzekerheidsstelsel dat in het geheel wordt vervangen door een nieuwe privaatrechtelijke constructie, maar ook dan blijft het sociaalzekerheidsstelsel het referentiepunt.³² Is het laatste het geval dan heeft dit met name consequenties voor de beleidsvrijheid van de uitvoerders.

3. De betekenis van het aangemerkt worden als stelsel van sociale zekerheid

3.1. De jurisprudentie

De indruk, die in de media is gewekt, naar aanleiding van de arresten Decker,³³ Kohll³⁴ en Peerbooms/Smit³⁵ is dat het weinig verschil meer maakt of een ziektekostenverzekering nu particulier is of zich bevindt binnen een stelsel van sociale zekerheid.³⁶ Immers nu volgens het

²⁸ HvJ EG, zaak 238/94, zie noot 16.

²⁹ Zie in dit verband onder meer de discussie tussen Roscam Abbing en Du Pré uit 1993 (H.D.C. Roscam Abbing, *Patiënt en gezondheidszorg in de Europese Gemeenschap*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, 16 april 1993, en F.M. de Pré, "Klein Duimpje en de Nederlandse ziektekostenverzekeringen", *Sociaal Recht* 1993, p. 138-141, die respectievelijk een rekkelijk en een precies standpunt verdedigen).

³⁰ HvJ EG, zaak 244/94, zie noot 25.

³¹ Zie in dit verband E. Steyger, *Wringend recht, in Europees recht en het Nederlands bestuursrecht*, Preadvies VAR no. 116, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 72-74, waar ik hetzelfde in meer abstracte zin betoog.

³² Zo ook het ICER-rapport, zie noot 4.

³³ HvJ EG, zaak C-120/95, *Jur.* 1998, p. I-1831 (Decker).

³⁴ HvJ EG, zaak 158/96, *Jur.* 1998, p. I-1673 (Kohll).

³⁵ HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-157/99, *Jur.* 2001, n.n.g. (Smits en Peerbooms).

³⁶ Zie ook E. Steyger, "De neveneffecten van het vrij verkeer op specifiek nationale beleidsterreinen", *SEW* 1999, p. 226-233; meer algemeen A.P. van der Mei, *Free movement of Persons within the European Community: Cross-Border access to Public Benefits*, Oxford: Hart Publishing Ltd 2001, p. 327-371.

Hof uitvoeringsinstanties patiënten niet meer in alle omstandigheden kunnen verhinderen naar een andere EG-lidstaat te gaan om daar de gewenste zorg te halen, zouden de verschillen minimaal geworden zijn.

Dit is echter geheel onjuist. In de genoemde arresten is slechts een minimale opening gemaakt in de tot dusver hermetisch gesloten territoriale werking van socialezekerheidsstelsels, waarin de uitvoerders zichzelf de bevoegdheid toekenden zonder nadere toetsing behandelingen over de grens te weigeren. Het Hof heeft in eerste instantie in het arrest Molenaar³⁷ een bres geslagen in het territorialiteitsbeginsel. In deze zaak oordeelt het Hof dat Duitsland geen regeling mag handhaven waarin een in Duitsland werkzame maar in Frankrijk woonachtige werknemer wel verplicht verzekerd moet zijn, maar geen aanspraak heeft op een uitkering vanwege de territoriale beperking van het stelsel.

Voorts zette het Hof in de bovengenoemde zaken Kohll en Decker de deur een klein stukje verder open door het absolute toestemmingsvereiste vooraf voor medische behandelingen van het in Luxemburg vigerende stelsel te relativiseren. In Decker ging het om een patiënt die een bril in België had aangeschaft en aan wie vergoeding geweigerd werd omdat hij geen toestemming vooraf had gevraagd. In Kohll had de patiënt voor een orthodontistische behandeling in Duitsland wel toestemming gevraagd, maar deze was geweigerd omdat de behandeling volgens de uitvoeringsinstantie ook in Luxemburg had kunnen plaatsvinden.

De interveniërende lidstaten namen het standpunt in dat deze regels buiten de werkingssfeer van de artikelen 28 EG-verdrag (vrij verkeer van goederen) en 49 EG-verdrag (vrij verkeer van diensten) vielen, omdat zij waren ingebed in een stelsel van sociale zekerheid. Het Hof oordeelde echter anders. Hoewel de lidstaten de bevoegdheid hebben gehouden de voorwaarden voor verzekering en het recht op uitkeringen en verstrekkingen te reguleren, doet deze bevoegdheid niet af aan de verplichting in overeenstemming met het gemeenschapsrecht en in het bijzonder met bovengenoemde verdragsartikelen te handelen. In beide gevallen leidde de eis van voorafgaande toestemming tot een belemmering van respectievelijk het vrij verkeer van goederen en van diensten, omdat verzekerde personen respectievelijk werden aangemoedigd hun brillen in Luxemburg aan te schaffen, dan wel werden ontmoedigd medische diensten in een andere lidstaat te ontvangen. Een dergelijke belemmering kan volgens het Hof gerechtvaardigd worden door een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het desbetreffende socialezekerheidsstelsel en die was

gezien de geringe omvang van de behandeling uiteraard niet aan de orde.

Dit betekende echter alleen dat, los van de kosten die zij in de desbetreffende lidstaten hadden gemaakt, zij slechts gerechtigd waren de vergoeding te ontvangen die zij in Luxemburg ook zouden hebben gekregen. Dit laatste element, namelijk dat de verzekerde het verschil tussen de vergoeding waar hij recht op heeft en de prijs die in het buitenland voor behandeling wordt berekend zelf moet betalen, is expliciet beslist in het arrest Van Braekel.³⁸ Dit is slechts anders wanneer de uitvoeringsinstantie toestemming heeft gegeven of toestemming heeft geweigerd en deze weigering ongegrond is verklaard.

In Peerbooms en Smit kwam ten slotte de vraag aan de orde of een toestemmingsvereiste in een sociaalzekerheidsstelsel kan worden gehandhaafd wanneer het stelsel waaronder de verzekerden vallen verstrekkingen in natura biedt. Het op de Ziekenfondswet gebaseerde verstrekkingenbesluit³⁹ en de Regeling hulp in het buitenland ziekenfondsverzekering⁴⁰ stellen toestemming voor vergoeding van een behandeling in een ziekenhuis in een andere lidstaat afhankelijk van twee criteria. Om te beginnen moet de behandeling in de kring van beroeps-genoten gebruikelijk zijn en voorts moet de verstrekking voor de geneeskundige verzorging van verzekerde nodig zijn. Dit laatste is slechts het geval indien het mogelijk is om tijdig adequate zorg van een in de lidstaat gecontracteerde zorgverlener in de lidstaat van inschrijving te verkrijgen.

Het bresje dat het Hof in deze twee voorwaarden sloeg is minimaal. De voorwaarde dat de behandeling onder beroeps-genoten gebruikelijk moet zijn, werd door het Hof zo ingevuld dat hetgeen gebruikelijk moet worden beoordeeld naar het wetenschappelijk inzicht op internationaal niveau. Wanneer de behandeling door de internationale medische wetenschap beproefd en deugdelijk is bevonden, dan zou toestemming niet mogen worden geweigerd. Dit is een criterium waar we nog veel plezier aan kunnen beleven, nu immers gezondheid en ziekte cultureel bepaalde begrippen zijn en behandelingen die elders gebruikelijk zijn hier niet onder dezelfde condities worden toegepast.

De tweede voorwaarde leidde al evenmin tot een wereldschokkende uitspraak. Het Hof stelde dat de toestemming voor een behandeling in het buitenland alleen mag worden geweigerd wanneer dezelfde behandeling kan worden uitgevoerd door een instelling waarmee een

³⁷ HvJ EG, zaak C-160/96, *Jur.* 1998 p. I-843 (*Molenaar*).

³⁸ HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-369/98, *Jur.* 2001, n.n.g. (*Van Braekel vs Landsbond der christelijke mutualiteiten*).

³⁹ Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering, 4 januari 1966, *Stb.* 1966, 3.

⁴⁰ *Stcrt.* 1988, 123.

ziekenfonds heeft gecontracteerd. Zelfs wanneer er een wachtlijst is voor de behandeling, dan nog mag het ziekenfonds de verzekerde laten wachten op een behandeling bij een gecontracteerde instelling wanneer de behandeling niet een acute noodzaak is. Wanneer de behandeling ook binnen Nederland zou moeten worden uitgevoerd door een instelling waarmee het desbetreffende ziekenfonds niet heeft gecontracteerd, dan moet de verzekerde in feite de keuze gelaten worden of hij de behandeling in Nederland of in het buitenland wil ondergaan. Anders zou er volgens het Hof gediscrimineerd worden tussen binnenlandse en buitenlandse niet door het ziekenfonds gecontracteerde instellingen.

3.2. Bevoegdheden van de lidstaten en uitvoeringsorganen

Deze rechtspraak betekent dat slechts de allerscherpste kantjes van het territorialiteitsbeginsel van de wettelijke regelingen betreffende socialezekerheidsstelsels zijn afgehaald. In beginsel hebben lidstaten nog steeds de mogelijkheid om verplicht verzekerde patiënten en cliënten van het stelsel te dwingen hun duurdere medische diensten te ontvangen in de lidstaat zelf door middel van een toestemmingsvereiste. Dat zij het daarbij niet te bont moeten maken met het weigeren van die toestemming, doet aan het principe niets af. Bovendien kunnen de lidstaten, wanneer zij het toestemmingsvereiste niet meer mogen toepassen, in beginsel de kosten van de (ongewenste) behandelingen in het buitenland beperken tot hetgeen in eigen land voor vergoeding in aanmerking zou komen. Ten slotte hebben zij nog een zekere mate van invloed op het soort behandelingen waarvoor toestemming vereist is. Wanneer een behandeling niet onder beroepsgenoten gebruikelijk is, gemeten naar de internationale stand der wetenschap, kan van toestemming worden afgezien en behoeft niet vergoed te worden.

Naast de beperkingen die de lidstaten kunnen aanbrengen terzake van de verplichtingen in het kader van de interne markt, heeft het worden aangemerkt als een stelsel van sociale zekerheid ook voordelen met betrekking tot het mededingingsrecht. Is een stelsel als zodanig gekwalificeerd dan valt het, afhankelijk van de status van de uitvoerders, geheel of gedeeltelijk buiten de toepasselijkheid van de mededingingsbepalingen. Zijn de uitvoeringsorganisaties aan te merken als uitvoerders-niet-onderneming, dan betekent dit dat allerlei concurrentiebeperkende constructies door middel van samenwerking en afspraken tussen de organisaties gewoon mogelijk zijn. Hetzelfde geldt voor constructies die onder andere omstandigheden als misbruik van machtspositie zouden worden aangemerkt. Hierbij valt te denken aan een preferente onderhandelingspositie met aanbieders van een in

een bepaald gebied dominante uitvoeringsinstantie, waarna de niet-dominante uitvoeringsinstanties in hetzelfde gebied zich bij het resultaat van de onderhandelingen aansluiten. Niet alleen de uitvoerders zelf maar ook de lidstaat kan allerlei concurrentiebeperkende maatregelen opleggen, zoals het dwingen van uitvoerders tot samenwerking of aansluiting bij reeds gesloten contracten. De "nieuwe norm",⁴¹ die het lidstaten verbiedt kartels of een machtspositie te versterken, te begunstigen of op te leggen⁴² (verboden door artikel 3g, 10 en 81 of 82 EG-verdrag), is eveneens niet van toepassing. Bovendien kan de lidstaat, zonder beperkingen en zonder verantwoordingsplicht naar de Europese Commissie, de uitvoerders financiële steun bieden indien dit opportuun geacht wordt.

Mochten de uitvoerders de status hebben van een onderneming in de zin van artikel 86 lid 2 EG-verdrag, dan is hun vrijheid, en de vrijheid van de lidstaten, om concurrentiebeperkende maatregelen te nemen wat minder groot maar nog steeds niet te verwaarlozen. Voorzover de publieke taak van de organisaties daartoe noodzaakt, zijn ook dan afspraken tussen de organisaties mogelijk en kan gebruik gemaakt worden van de dominante positie van uitvoerders om voor alle uitvoerders een gelijk onderhandelingsresultaat met aanbieders te verkrijgen. Slechts de mogelijkheden om concurrentiebeperkend gedrag te toetsen is groter, aangezien "artikel 86 (2)-ondernemingen" niet buiten de toepasselijkheid van het mededingingsrecht als zodanig vallen. Voor financiële steun aan de uitvoerder geldt hetzelfde. De mogelijkheden voor de overheid om "artikel 86 (2)-ondernemingen" een financiële bijdrage te geven zijn ruimer, zij het dat in dat geval de bijdrage wel gemeld moet worden bij de Commissie en deze de bijdrage zal toetsen aan de omvang van de publieke taak.⁴³ In het geval een verzekeringsstelsel niet is aan te merken als een sociaalzekerheidsstelsel zijn al deze mogelijkheden tot beperking voor de lidstaat in elk geval afwezig. Het mededingingsrecht is onverkort van toepassing hetgeen betekent dat niet alleen de verzekeraars geen concurrentiebeperkende afspraken mogen maken maar tevens dat de lidstaat deze niet zonder meer bij wet mag opleggen. Dit betekent concreet dat een stelsel van gezondheidszorgverzekeringen, waarin samenwerking tussen de verzekeraars een voorwaarde is voor het effectief functioneren, in beginsel niet is toegestaan, tenzij kan worden

⁴¹ Zie o.m. J. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 133-139.

⁴² HvJ EG, zaak C-35/96, *Jur.* 1998, p. I-3851 (*Commissie vs Italië*); zie ook HvJ EG, zaak C-2/91, *Jur.* 1993, p. I-5751 (*Meng*).

⁴³ GvEA, zaak T-106/95, *Jur.* 1997, p. II-229 (*FFSA*); zie ook HvJ EG 22 juni 2000, zaak C-331/98, *Jur.* 2000, n.n.g. (*CELF*).

aangetoond dat de samenwerking voldoet aan de criteria neergelegd in artikel 81 lid 3 EG-verdrag. Of dit het geval is, is ter beoordeling van de Commissie. De lidstaat zelf heeft slechts beperkte mogelijkheden een dergelijk systeem aan de ondernemingen op te leggen zonder in strijd te komen met de artikelen 3g, 10 en 81 EG-verdrag. Daarnaast is het verschaffen van financiële steun aanmerkelijk moeilijker, omdat geen beroep kan worden gedaan op het publieke belang dat met de steun gediend is. Tenzij op basis van een andere grond ontleend aan artikel 87 lid 3 EG-verdrag kan worden aangetoond dat de steun verenigbaar is met het verdrag, zijn financiële bijdragen praktisch onmogelijk.

Ook een verplichting tot verzekeren bij een in de eigen lidstaat gevestigde verzekeringsmaatschappij is precair. Waar een stelsel van sociale zekerheid nu juist uitgaat van de aansluitplicht, beoogt het EG-verdrag het verzekeren in andere lidstaten mogelijk te maken. Dit impliceert keuzevrijheid voor de verzekerde, een keuzevrijheid (neergelegd in artikel 28 van Rl. 92/49)⁴⁴ waarvan, als de zaak Poucet en Pistre een aanwijzing is, sommige verzekerden dankbaar gebruik zullen maken. Weliswaar moet een verzekeringsmaatschappij die in een andere lidstaat diensten verricht zich houden aan de voorschriften van die lidstaat, dit betekent niet dat daarmee die lidstaat een vrijbrief heeft gekregen om voorschriften op te stellen die het de verzekeringsmaatschappij materieel onmogelijk maken om de dienst te verrichten.

Daarnaast is het volgende van belang. De lidstaat is, in geval geen sprake is van een sociaalzekerheidsstelsel, niet in staat om de vergoeding van behandelingen van patiënten in het buitenland te voorkomen. Artikel 49 EG-verdrag staat de wetgever niet toe de verzekeraar voor te schrijven een toestemmingsvereiste voor behandeling in het buitenland in de contracten op te nemen. Een dergelijk vereiste zou immers een belemmering vormen voor het vrij verkeer van diensten. Dit betekent dat de lidstaat voor een dergelijke clausule afhankelijk is van de verzekeraar.

De verzekeraar is uiteraard wel in staat om een toestemmingsclausule in zijn contracten of (wat waarschijnlijker is) in de algemene voorwaarden voor behandelingen in het buitenland op te nemen. Maar deze kan eventueel ook onderworpen worden aan toetsing door de rechter: ook artikel 49 EG-verdrag werkt onder omstandigheden horizontaal. Daarnaast is het niet uit te sluiten dat verzekeringsmaatschappijen cliënten juist gaan stimuleren behandelingen in het buitenland te ondergaan, namelijk in die gevallen waarin deze elders aanmerkelijk goedkoper worden verricht dan in de eigen lidstaat. Het gevolg daarvan kan zijn dat bepaalde verrichtingen in een

lidstaat nauwelijks meer zullen worden verricht. Mocht dit in Nederland het geval zijn, dan is het mogelijk dat de planning van gezondheidszorg in gevaar komt. Deze planning is (misschien tot in wat minder detail dan nu), toch noodzakelijk in het kader van het algemeen belang. Zolang de overheid verantwoordelijk is voor de gezondheidszorg is een zeker mate van planning, regulering in verband met spreiding en kwaliteit en toezicht noodzakelijk. Om deze aspecten over te laten aan de tucht van de markt is gezien deze overheidsverantwoordelijkheid onacceptabel en mogelijk in strijd met artikel 22 Grondwet. Daarin is immers opgenomen dat de overheid maatregelen treft op het gebied van de gezondheidszorg.

Uit het bovenstaande blijkt dat de kwalificatie van stelsel van sociale zekerheid voor de lidstaat cruciaal is om de noodzakelijke invloed op het stelsel uit te oefenen. De geringe openingen die het Hof met betrekking tot het territorialiteitsbeginsel heeft gemaakt doen aan die constatering niet af. Mogelijk om die reden zijn alle voorbereidende en beleidsstukken ten aanzien van de nieuwe regeringsplannen erg vaag ten aanzien van de kwalificatie van de voorgenomen plannen terzake van een basisverzekering. In de volgende paragraaf wordt aan de hand van de nota "Vraag aan bod" betreffende de vernieuwing van het zorgstelsel bezien of daarin meer helderheid kan worden geschapen.

4. Komt "Vraag aan bod" door het oog van de naald?

4.1. Korte schets van het nieuwe stelsel

In de in juli 2001 aan de Tweede Kamer gezonden nota "Vraag aan bod" worden een aantal veranderingen gepresenteerd. Deze veranderingen zijn op zichzelf niet geheel nieuw; verschillende elementen komen uit eerdere plannen voor een algehele stelselherziening in de zorgverzekeringsector. Het nu voorgestelde stelsel omvat de volgende elementen: het huidige stelsel van verplichte ziekenfondsverzekering en particuliere verzekering verdwijnt. In plaats daarvan komt er een algemene verzekering die de zorg in het tweede compartiment gaat dekken. Het tweede compartiment is hetgeen dat nu in het ziekenfondspakket dan wel de standaardpakketpolis is opgenomen. De zorg uit het tweede compartiment die in de nieuwe verzekering komt wordt in "Vraag aan bod" gedefinieerd als "noodzakelijke zorg". In een later stadium zal de zorg uit het eerste compartiment (de AWBZ) worden toegevoegd. Voor het pakket "noodzakelijke zorg" zal een acceptatieplicht gaan gelden, alsmede een verbod op premiedifferentiatie in elk geval voorzover het

⁴⁴ Zie noot 7.

de inkomensafhankelijke premie betreft. Voor het nominale premiedeel is juist wel differentiatie voorzien.⁴⁵

Voor het tegengaan van risicoselectie door verzekeraars wordt een systeem van verevening tussen de verzekeraars ingevoerd.⁴⁶

De verzekering krijgt een publiekrechtelijk karakter (een wettelijke basis dus) en een privaatrechtelijke uitvoering. Deze uitvoering komt in handen van "toegelaten" verzekeraars (die risicodragend moeten zijn). Het is niet de bedoeling dat "gewone" particuliere verzekeraars worden toegelaten, het zou moeten gaan om aparte entiteiten. "Vraag aan bod" is hierover overigens niet erg duidelijk. Winstoogmerk is toegestaan bij de uitvoering.

De zorgaanspraken in de verzekering worden functioneel gedefinieerd. De verzekeraar heeft een wettelijk zorgplicht, hetgeen betekent dat hij door middel van overeenkomsten met zorgaanbieders gehouden is tot de tijdige levering van de door zijn verzekeraar gewenste zorg. Daarbij zal, hoewel dit niet in de nota "Vraag aan bod" staat, op den duur de contracteerplicht geheel worden verlaten. Verzekeraars zullen met zorgaanbieders vrijelijk contracteren, waarbij als rekeneenheid voor de geleverde dienst de nieuw te omschrijven "diagnose-behandel-combinaties" (DBC) zullen worden gehanteerd.⁴⁷ Dit alles betekent dat de kans groot is dat een verstrekkingensysteem in natura zal worden gehanteerd en voorts nog geen restitutiesysteem wordt ingevoerd. Wel zal onderzoek naar een restitutiesysteem worden gedaan.⁴⁸ De verzekerde heeft volgens "Vraag aan bod" ruime keuzemogelijkheden: hij kan jaarlijks van verzekeraar veranderen, kiezen voor een vrijwillig eigen risico, voor "preferred provider"-arrangementen⁴⁹ en voor deelneming in collectieve (door de werkgever) aan te bieden contracten.

Een aantal elementen uit de verzekering is nog niet tot in detail uitgedacht. Dit geldt met name voor de premie-structuur. Zo is het nog niet zeker of een systeem van verplichte dan wel vrijwillige eigen bijdragen zal worden ingebed in de premie-structuur. Wel is zeker dat de premie een effectief nominaal deel moet bevatten, naast een inkomensafhankelijk deel.

Aan de aanbodzijde wordt eveneens meer vrijheid geboden, met name door de inperking van de Wet ziekenhuisvoorzieningen (WZV), die wordt vervangen door de Wet exploitatie zorginstellingen (WEZ). Ook binnen de AWBZ vindt een verruiming van de toelating plaats, waarbij onder meer belemmeringen voor in andere EG-lidstaten gevestigde zorgaanbieders worden weggenomen.⁵⁰

Uit de plannen blijkt dat het kabinet voor het basispakket aan zorg een wettelijke voorgeschreven verzekering voor ogen staat, waarin een deel van de aanspraken, premies en verzekeraars dwingend wordt voorgeschreven. Tegelijkertijd ontstaat er voor verzekeraars, verzekenden en aanbieders van zorg aanmerkelijk meer speelruimte om met elkaar te concurreren. Dit wordt in eerste instantie veroorzaakt door de grotere vrijheid van zorgverzekeraars om te onderhandelen met aanbieders over prijzen voor verrichtingen (en dus de afschaffing van de contracteerplicht) als ook de afschaffing van de verplichte ziekenfondsverzekering, waardoor grotere keuzemogelijkheden voor de verzekerden ontstaan. Deze speelruimte kan nog groter worden wanneer keuzemogelijkheden in de hoogte van de nominale premie mogelijk worden en verschillende hoogten van vrijwillige eigen bijdragen overeen te komen zijn.

4.2. De toets aan het Europese recht

Het gaat in de plannen dus om een verplichte publiekrechtelijke verzekering. Zoals uit de jurisprudentie blijkt is het element van verplichting praktisch een constitutief element om überhaupt voor de kwalificatie "sociale zekerheid" in aanmerking te komen. Het feit dat het een wettelijke verplichting betreft, is in zeker opzicht relevant. Op zichzelf gaat het arrest Poucet en Pistre uit van een wettelijk voorgeschreven stelsel; dit betekent echter niet dat ieder wettelijke verplichte verzekering dientengevolge als sociale zekerheid kan worden aangemerkt. In dit verband moet "Vraag aan bod" op één punt worden gecorrigeerd. Het kabinet suggereert dat op een publiekrechtelijke verzekering de schaderichtlijnen niet van toepassing zijn⁵¹ en meent deze stelling te kunnen ontleenen aan het ICER-rapport.⁵² Dit is zowel met betrekking tot de suggestie als de inhoud van het ICER-rapport onjuist. Het Hof heeft in het arrest Garcia⁵³ geoordeeld dat een stelsel dat op zich een wettelijke

⁴⁵ De nota is op dit punt niet heel duidelijk. Zie "Vraag aan bod", *Kamerstukken II 2000/01*, 27 855 nr. 2, p. 37-38 en 43-44.

⁴⁶ "Vraag aan bod", *Kamerstukken II 2000/01*, 27 855, nr. 2, p. 42-43.

⁴⁷ Zie o.m. Brief van de Minister van VWS aan de Voorzitter van de Tweede Kamer betreffende Curatieve zorg, *Kamerstukken II 2000/01*, 23 619, nr. 18.

⁴⁸ Zie "Vraag aan bod", *Kamerstukken II 2000/01*, 27 855, nr. 2, p. 41, 42.

⁴⁹ Een "preferred provider"-arrangement is een arrangement waarin de verzekeraar selectief contracteert of waarin de verzekeraar afspraken maakt betreffende bijvoorbeeld mate van luxe of levensbeschouwelijke oriëntatie van de zorg.

⁵⁰ Brief van de Staatssecretaris van VWS inzake persoonsgebonden budget en verruiming zorgaanbod, (MDW), *Kamerstukken II 2000/01*, 24 036, nr. 202.

⁵¹ "Vraag aan bod", *Kamerstukken II 2000/01*, 27 855, nr. 2, p. 49.

⁵² Zie noot 4.

⁵³ HvJ EG, zaak C-238/94, *Jur.* 1996, p. I-1673.

basis en dus een publiekrechtelijke karakter heeft, wel degelijk aan de werking van de schaderichtlijnen onderworpen kan zijn. Het ICER-rapport beschrijft dit geval uitvoerig.⁵⁴ Voorts doet zich de vraag voor naar de betekenis van de uitvoering van de verzekeraar door privaatrechtelijke verzekeraars, eventueel met winstoogmerk. Het is dit element dat het beoogde stelsel, voor wat betreft de toepassing van de schaderichtlijnen, mogelijk de das om doet voor de kwalificatie van sociale zekerheid in enge zin. Verzekeraars werken immers voor eigen rekening en risico. Ook de "toegelaten" verzekeraars in de zin van het nieuwe systeem zouden volgens "Vraag aan bod" risicodragend moeten zijn. Daarvan heeft het Hof in genoemd arrest Garcia juist geoordeeld dat in dat geval van sociale zekerheid geen sprake kan zijn. De schaderichtlijnen zullen dan ook in beginsel toepasselijk zijn.

Om op dit punt problemen te voorkomen is het misschien mogelijk de toepasselijkheid van de schaderichtlijnen op te vangen door middel van artikel 54 van de derde schaderichtlijn RI. 92/49. Het valt mogelijk te verdedigen dat de nieuwe verzekering geheel of gedeeltelijk als vervanging dient van een stelsel van sociale zekerheid in de zin van dit artikel. Het stelsel vervangt tenslotte de ziekenfondsverzekering die aangemerkt kan worden als sociale zekerheid. Of dit een haalbare kaart is, is onzeker. Hierboven is al opgemerkt dat niet volledig helder is wat de criteria zijn waaraan een "artikel 54-stelsel" moet voldoen en in hoeverre het substitutie criterium eisen stelt met betrekking tot de aanwezigheid van een socialezekerheidsstelsel. Het uitsluitend baseren van een nieuw in te voeren verzekering op artikel 54 is in de, mijns inziens, terechte bewoordingen van de ICER juridisch risicovol, mede omdat artikel 54 een uitzondering bevat en vermoedelijk niet ruim door het Hof zal worden uitgelegd.⁵⁵ Daarnaast is het, onder meer voor de mogelijkheid risicoverevening tussen verzekeraars in te voeren, van belang of een eventueel gebruik maken van de uitzonderingen op de schaderichtlijnen in verband met artikel 54 de verzekeraars vrijwaart van de toepasselijkheid van het mededingingsrecht of de bepalingen betreffende de interne markt. Dit lijkt mij niet zonder meer het geval. Een vereveningsstelsel is een zeer vergaande maatregel waarvan men zich kan afvragen of die, ook als de schaderichtlijnen niet volledig van toepassing zijn, acceptabel is onder artikel 49 EG-verdrag. Strijd met het vrij verkeer van diensten ligt voor de hand. Buitenlandse verzekeraars die buiten het vereveningssysteem vallen hebben immers niet de mogelijkheid om mee te doen. En zelfs als de wetgever deze mogelijkheid openstelt, zal het voor een buitenlandse verzekeraar die slechts een gering aantal

cliënten verzekert een belemmerende maatregel zijn. Immers, deelname aan een vereveningsstelsel werkt pas wanneer er verevend wordt over veel verzekerden.

De nota rept hier niet over, maar de risicoverevening zou eventueel gebruikt kunnen worden om het systeem aan te merken als een sociaalzekerheidsstelsel of om de toepasselijkheid van artikel 54, derde schaderichtlijn te beargumenteren. De redenering zou dan zijn dat de verzekeraars niet volledig voor eigen rekening en risico werken omdat zij immers deze verplichting opgelegd hebben gekregen. Dit zou mijns inziens echter alleen werken wanneer de uitvoerders van het stelsel binnen de verzekeraars een afgescheiden positie zouden krijgen en geen winstoogmerk zouden hebben. Daarbij valt te denken aan de positie die ziekenfondsen die onderdeel uitmaken van een verzekeringsconcern nu hebben. Dit is echter niet in overeenstemming met de plannen van het kabinet, dat immers winstoogmerk van de uitvoerders voorstaat.

De toepasselijkheid van het mededingingsrecht zal vermoedelijk niet zijn uitgesloten. Het gaat hier tenslotte om particuliere verzekeraars die het stelsel met winstoogmerk gaan uitvoeren. De bedoeling is nu juist dat de verzekeraars door middel van de nominale premie gaan concurreren, waarbij eventuele winst als prikkel voor efficiëntie moet gaan functioneren. Die efficiëntie zou tot uiting moeten komen in de contracten die met de zorgaanbieders gesloten worden. In dit concurrerende stelsel past naar mijn smaak geen risicovereveningssysteem dat een bepaald deel van de verzekeringselementen (zoals meer en minder grote verzekeringsrisico's) van concurrentie uitsluit. Dit heeft de smaak van een concurrentie beperkende maatregel, met name naar eventuele verzekeraars in het buitenland toe. Het feit dat de wetgever beoogt deze uitsluiting te introduceren en niet de verzekeraars zelf doet aan het probleem niet af. Als de verzekeraars zelf met een risicovereveningssysteem een onder Europees recht verboden kartel zouden vormen, hetgeen goed mogelijk is, is het, afhankelijk van de houding van de verzekeraars, niet onwaarschijnlijk dat een door de wetgever geïntroduceerde deelnameverplichting aan zo'n systeem in strijd kan komen met de artikelen 3g, 10 en 81 EG-verdrag. Toepasselijkheid op de vereveningsregeling is niet uitgesloten. Een troost: een wettelijk vereveningssysteem loopt, gezien de recente jurisprudentie van het Hof, niet de kans als staatssteun te worden aangemerkt.⁵⁶ Voorts zal in de toekomst de vraag gaan spelen in hoeverre de verhouding tussen inkomensafhankelijke en nominale premie het sociaalzekerheidskarakter van het nieuwe stelsel beïnvloedt. Ik heb eerder verdedigd dat een nominale premie op zichzelf niet onverenigbaar is

⁵⁴ ICER-rapport, zie noot 4, p. 10 en 11.

⁵⁵ ICER-rapport, zie noot 4, p. 13.

⁵⁶ HvJ EG 13 maart 2001, zaak C-379/98, *Jur.* 2001, *n.n.g.* (Preussen Elektra).

met een stelsel van sociale zekerheid.⁵⁷ Die mening ben ik nog steeds toegedaan. Zolang de verhouding tussen de twee premie-elementen zodanig is dat de solidariteit in het systeem niet in gevaar komt, is een nominale premie op zich geen probleem. Dit kan echter anders worden zodra er tevens een systeem van eigen bijdragen ingevoerd gaat worden die weer van invloed is op de nominale premie. Nu op dit punt de nota de gedachtevorming nog voor zich uitschuift valt daarover nog niets definitiefs te zeggen.

Ten slotte moet erop gewezen worden dat niet alleen aan de verzekeringskant maar tevens aan de aanbodzijde concurrentie wordt geïntroduceerd. Het loslaten van de contracteerplicht en vrije onderhandelingen op basis van de nieuwe rekeneenheid DBC levert ook hier concurrentie tussen de "toegelaten" verzekeraars op. Ook hier manifesteren deze zich als gewone ondernemingen en niet als uitvoerders van een taak van algemeen belang. Door concurrentie aan beide zijden van het stelsel in te voeren wordt het steeds moeilijker vol te houden dat de wetgever het gehele stelsel als een stelsel van sociale zekerheid aanmerkt.

De conclusie luidt dan ook dat het een goede zaak is de voorstellen aan een objectieve Europeesrechtelijke toets te onderwerpen, zodra zij op alle punten uitgewerkt zijn. De nota "Vraag aan bod" bevat een aantal elementen die op dit moment Europeesrechtelijk zeer risicovol zijn, omdat kwalificatie als sociale zekerheid dan wel een socialezekerheidsvervangend stelsel allerm minst zeker is. Dit betekent overigens niet dat een kwalificatie als een gewone verzekering in plaats van sociale zekerheid onmiddellijk dramatisch is voor de plannen. De plannen bevatten immers genoeg elementen om onder de volledige werking van het verdrag en richtlijnen een effectief stelsel te kunnen opleveren.

5. Slotopmerkingen

Het EG-verdrag en ook het Hof van Justitie blijven wijzen op de bevoegdheden die de lidstaten hebben om hun eigen stelsels van sociale zekerheid in te richten. Aan deze bevoegdheid als zodanig wordt noch in de wetgeving noch in de jurisprudentie getornd. Al evenmin wordt er op communautair niveau beleid ontwikkeld die tot harmonisatie van de inhoud van de stelsels zou kunnen leiden. Op het eerste gezicht is een verzekering die is vervat in een stelsel van sociale zekerheid gevrijwaard van de eisen die het gemeenschapsrecht aan verzekeringen stelt.

Dit is slechts dan juist, wanneer het sociale zekerheid in stricto sensu betreft. De invloed van de bepalingen betreffende de interne markt en de daarop gebaseerde secundaire wetgeving enerzijds en de bepalingen betreffende het mededingingsrecht anderzijds hebben de bevoegdheden van de lidstaten betreffende de invulling van sociale zekerheid fors ingeperkt. Het Hof stelt zware eisen aan verzekeringen, voordat deze als "sociale zekerheid" zijn aan te merken. Zo vallen ongeacht hun eventuele wettelijke basis, stelsels die worden uitgevoerd door ondernemingen die - ook waar het de uitvoering van het stelsel betreft - voor eigen rekening en risico werken alsmede facultatieve stelsels, buiten de definitie die het Hof hanteert met betrekking tot de schaderichtlijnen. Voor stelsels die worden uitgevoerd door ondernemingen in de zin van artikel 86 EG-verdrag en waarvan het socialezekerheidsaspect tot de publieke taken wordt gerekend, ziet het Hof nog wel enige ruimte, maar de wettelijk gesanctioneerde aansluitverplichting is daarbij opnieuw van groot belang.

Deze begrenzing van wat als sociale zekerheid te boek staat, en diens gevolge tot buiten toepassing laten van grote delen van het EG-recht zou leiden, heeft grote consequenties voor de lidstaten. Lidstaten die in hun stelsels concurrentie-elementen willen introduceren, lopen daarmee het risico de aan sociale zekerheid inherente samenwerking (zoals een vereveningssysteem) tussen uitvoerders van de desbetreffende stelsels te moeten loslaten. Wanneer het gaat om een stelsel van gezondheidsverzekeringen heeft dit niet slechts gevolgen voor het verzekeringssysteem als zodanig maar tevens voor de planning van voorzieningen en opleidingen voor gezondheidszorgwerkers.

Het verlangen tot vernieuwing in de lidstaten, met name voor wat betreft de introductie van concurrentie staat op gespannen voet met de communautaire visie op sociale zekerheid. Dit betekent in elk geval dat lidstaten, en op dit moment met name Nederland, de in een stelsel op te nemen elementen moet toetsen aan het communautaire recht, zodra het op "Vraag aan bod" geënte systeem zijn nadere invulling heeft gevonden.

Maar dit is slechts reactief. Daarnaast is een proactieve benadering mogelijk. De interpretatie van stelsels van sociale zekerheid die het Hof geeft is niet alleen een zeer abstracte maar ook een zeer traditionele. In feite accepteert het Hof maar heel weinig anders dan overheidsgedomineerde niet-concurrentiële systemen als stelsels van sociale zekerheid. Al het andere valt daarbuiten.

Misschien wordt het tijd om op politiek niveau eens te bezien of een meer moderne benadering mogelijk is, in die zin dat stelsels waarin gereguleerde concurrentie hand in hand gaan met een zekere mate van samenwerking tussen de concurrenten aan een verzacht verdragsregime

⁵⁷ E. Steyger, "Het Europese recht en nationale stelsels van sociale zekerheid", *SMA* 1994, p. 14.

worden onderworpen. Daarbij is steun van de Commissie onontbeerlijk, en noodzaakt mogelijk tot communautaire wetgeving op dit terrein, waarin de jurisprudentie van het Hof wordt gemodificeerd. Dat houdt een zekere mate van bevoegdheidsverlies in, iets waar de lidstaten

zich tot dusver ernstig tegen hebben verzet. Gezien de zich ontwikkelende jurisprudentie kan men zich echter afvragen hoeveel bevoegdheden de lidstaten op dit terrein nog meer kunnen verliezen.